

Necesidad de previsión con la edad

Ángel ALONSO GONZÁLEZ
inclusionvigo@yahoo.es

Ángel MARIÑO DE ANDRÉS
Universidad de Vigo
ammarino@uvigo.es

Recibido: 11 enero 2005

Aceptado: 14 marzo 2005

RESUMEN

La edad es un factor intrínsecamente ligado a la exclusión social. Determinados colectivos, por el hecho de estar en una determinada etapa vital, son excluidos y considerados como improductivos para la sociedad. Legalmente y salvo excepciones, los mayores de 65 años (edad baja dada la esperanza de vida) no pueden trabajar. La evolución de la población hace que un número de personas considerable, se vaya a encontrar en esa categoría de la pirámide poblacional, en un período breve de tiempo.

Se aborda la disposición de bienes y la figura de la incapacitación como vías de control patrimonial para el anciano. La incapacitación ha de ser dictada por un juez, profesional del derecho y posee las garantías jurídicas pertinentes. Los servicios y prestaciones sociales y el papel del Estado en su concurso (planteándonos el papel de CCAA y ayuntamientos, próximos al ciudadano), así como las diferencias en los ámbitos rural y urbano son otros aspectos abordados en el presente trabajo.

Palabras clave: anciano, previsión, incapacitación, exclusión por edad, disposición de bienes, control patrimonial.

The forecast with age

ABSTRACT

The age is intrinsically a factor bound to the social exclusion. The other collecting, is on the vital cycle, they are barred and also are consider with unproductive of the society.

Legally and save exceptions those older people than 65 years (low age regarding to life expectation) cannot work. The evolution of the population makes that a considerable number of people will be in these category in a brief period of time.

It is approached the disposition of goods and the handicap figure like roads of patrimonial control for the old people. The handicap must be dictated by a judge, professional of the law and it possesses the pertinent juridical guarantees. The services and social benefits and the role of the State in their competition (thinking about the paper of Comunidades Autónomas and City Councils, next to the citizen), as well as the differences in the rural and urban environments are other aspects approached in this paper.

Key words: older, forecast, incapability, exclusion for age, disposition of goods, patrimonial control.

SUMARIO: 1. Evolución de la población. Aumento de la categoría «anciano». 2. La incapacitación como alternativa. 3. Necesidad de resolución judicial incapacitante. 4. Transmisiones patrimoniales en documento privado. 5. El entorno geo-estatal del anciano. 6. Herramientas del derecho. 7. Prevenir las situaciones.

1. EVOLUCIÓN DE LA POBLACIÓN. AUMENTO DE LA CATEGORÍA «ANCIANO»

Todas las personas tienen que realizar una previsión de necesidades que van a acontecer, necesariamente, con la edad. Debemos precisar que «anciano», no conlleva una carga negativa en ningún contexto, sino que, hace referencia exclusivamente a una persona de una determinada edad, que podemos situar a partir de la edad de jubilación. Todos hemos de pasar por esa etapa vital. No diferenciamos en función del sexo, aunque las situaciones son diferentes. Jurídicamente, en cambio, no se plantea un tratamiento distinto, a pesar de que los roles sexuales tradicionales sí dan un tratamiento diferente. Actuamos así, en dos niveles paralelos: realidad jurídica y realidad social. En lo relativo a esta última, diferenciamos el entorno urbano y el entorno rural.

En la sociedad tradicional, que en el ámbito estatal plasma el sistema del Código Civil (1889), encontramos, como sucede en otros derechos, influidos por la perspectiva de la revolución burguesa, el establecimiento de estructuras básicas, entre otras: las personas, la contratación, el patrimonio, la propiedad, la familia, el fenómeno sucesorio en general y la herencia en particular. En este entorno, se diferencia entre mayores de edad y menores. Se confiere al mayor de edad¹ la potestad de la plena capacidad de obrar; al menor se le sitúa bajo su protección y cuidado, que puede recaer en sus padres, pudiendo articularse situaciones distintas en función de la diferente menor edad (emancipado, nasciturus, ...). Al mayor, en cambio, se le sitúa por regla general², en un único grupo contemplándose, muy excepcionalmente y de forma restrictiva, la posibilidad de establecer instituciones que lo guarden o protejan personal o patrimonialmente. Así, por ejemplo, la incapacitación³ (también hay quién duda de que la incapacitación sea una forma posible de protección al mayor).

El Código Civil establece deberes de los padres respecto de su progenie⁴, destacando en lo relativo a los deberes filiales⁵ el de respeto. Ante el cambio de sen-

¹ Hoy art. 315 Código civil la mayoría de edad comienza a los dieciocho años siguiendo la previsión constitucional.

² Art. 322 Código Civil: «El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil(...)»

³ Art. 199 CC: «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley». Estas causas se contemplan en el art. 200 CC: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma».

⁴ Art. 154 CC: «(...) La patria potestad... comprende los siguientes deberes... : 1.º Velar por ellos (los hijos no emancipados), tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.»

⁵ Art. 155 CC: «Los hijos deben: 1.º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad y respetarles siempre 2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.»

sibilidades, encontramos en 1989 la convención sobre los Derechos del Niño, derivada de la necesidad de articular su protección, una ley estatal y numerosas leyes autonómicas.

Pasando al otro extremo de la edad, no se hace mención de las características intrínsecas del anciano, que no constituyen para el Código Civil una categoría diferenciada, ya que si es capaz, es igual a cualquier otro mayor de edad y, si ha sido incapacitado, sea anciano o no, la sentencia que así lo declare establecerá el sistema por el que se regirá su persona o bienes, señalándole un tutor o curador, que puede ser de la familia o no, y decretando, en su caso, la necesidad de un internamiento. Es difícil, pero la incapacitación aquí es concebida como un sistema de protección de derechos. Hay que tener en cuenta que la esperanza de vida en los siglos XIX y XX era muy limitada⁶ (e inferior a la actual), no existía un grupo importante cuantitativa y cualitativamente de ancianos; situación que dada la evolución de la población, hoy es muy diferente.

En un principio no se contempló a la familia explícitamente, como una categoría diferenciada, merecedora de análisis en el Código Civil, donde ya aparecen en cambio regulados unos mecanismos de solidaridad intergeneracional, ligados al parentesco y al patrimonio personal, apareciendo, así, el deber de alimentos entre parientes (lo que es ya un reconocimiento implícito al papel de la familia). El art. 143 del Código Civil señala que: «Están obligados recíprocamente a darse alimentos...: 1º los cónyuges 2º los ascendientes y descendientes.» y respecto de los hermanos indica que «...solo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no (les) sea imputable...». El art. 142 CC delimita el concepto de alimentos como... «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica... educación e instrucción... mientras sea menor... gastos de embarazo y parto cuando no estén cubiertos de otro modo.» No existe esta obligación respecto de otros parientes más o menos próximos (por ejemplo tío, primo, sobrino, tío-abuelo) y por otro lado, tampoco respecto de personas con las que no exista parentesco.

Este límite en la concepción de obligaciones familiares tiene más interés en el ámbito rural, donde, como hemos venido diciendo, se da una mayor proximidad y una paralela mayor importancia del parentesco. Un tío abuelo (por ejemplarizar con un grado de parentesco lejano, pero no tanto) puede carecer de estrecha relación con el individuo en el ámbito urbano, no así en el rural donde muchas veces conviven.

Los mecanismos para proteger este derecho (vinculado al parentesco) son variados. Según el Código civil: «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Existe la posibilidad de desheredar al pariente o cónyuge que indebidamente niegue alimentos⁷, siempre que se pruebe⁸ dicho incumplimiento. También, la posible declaración de prodigali-

⁶ Fundamentalmente en la clase obrera —niños, mujeres y varones— o en la mujer en cuanto género.

⁷ Vid. arts. 853,1ª y 855,3ª CC.

⁸ Vid. arts. 850 y 851 CC.

dad, que antes regulaba el Código Civil y que hoy encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, para defender un patrimonio de las actuaciones de su legítimo titular, al garantizar la efectiva prestación de alimentos y así, proteger a los titulares actuales o futuros de este derecho a alimentos; que se ve peligrar por la actitud del titular⁹. No existían previsiones fuera de esta institución con carácter asistencial, toda vez que lo habitual era la existencia de organizaciones de tipo caritativo, que tomaban a su cargo, generalmente de manera altruista, a aquellos que no podían ser atendidos de otro modo (tomando aquí, un papel que correspondería a todos = Estado). Sin olvidar figuras como los beguinatos o beaterios, claros antecedentes de las actuales viviendas comunales, o el importante papel de los criados domésticos a los que, retribuidamente, se les asignan funciones de cuidado y atención.

Hoy el mayor anciano¹⁰ requiere una nueva regulación que contemple soluciones posibles a los actuales problemas¹¹. Es además imprescindible tomar en consideración, en cuanto al ámbito competencial, las disparidades jurídicas de los distintos derechos coexistentes en España y ya actualizados, en cuanto a otras materias. El papel que la familia asumía de una manera u otra ha decaído¹², apareciendo de una parte el Estado como dispensador de prestaciones de cuidados y reapareciendo, nuevamente, instituciones altruistas, antes de corte religioso, hoy del tipo ONG u ONL para que, a través del voluntariado, se aminoren necesidades. Hoy los centros de día y las viviendas comunitarias toman en gran parte el papel que antes se atribuía a la iglesia.

Según estimaciones de las Naciones Unidas, en el año 1998 había alrededor de 580 millones de personas de sesenta o más años en todo el mundo. Las proyecciones demográficas de este organismo para el año 2050 son de casi dos billones (1.970 millones) de personas mayores, previéndose que España sea el país con más ancianos en el mundo en el 2050, seguido de cerca por Italia.

Han de añadirse algunos datos más, que muestran claramente, la evolución de la población futura:

- a) El año 2050 el 37,6% de la población tendrá más de 65 años.
- b) El 10% serán octogenarios.
- c) El 60% de las personas en edad de trabajar serán mayores en 2050.

Teniendo presentes estos datos el envejecimiento paulatino de la población genera un escenario totalmente diferente, pasando la categoría de «anciano» de ser meramente residual, a una componente fundamental estructural del sistema poblacional. El peso específico de la población jubilada traerá consigo múltiples

⁹ Vid. arts. 748 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente el art. 757-5.

¹⁰ La expectativa de vida de las mujeres es de 81,9 años frente a 74,7 de los varones españoles.

¹¹ Enfermedad, apuros económicos y deterioro de las condiciones materiales de vida, soledad y dependencia.

¹² Las encargadas de cuidar a sus mayores con problemas son sobre todo —un 32,3%— sus propias hijas, algo casi inédito en el mundo.

cambios en los sistemas de protección social hoy generalizados. La estructura de la población se modifica y ello conlleva, al mismo tiempo, modificaciones en torno a las macroestructuras generadas para la protección de las capas débiles de la población, en nuestro caso, los ancianos.

El sistema actual de prestaciones económicas y asistenciales se ve inviable a tenor de los parámetros estimados, pues esa evolución poblacional generaría mucha población pasiva dependiente de una población activa minoritaria, donde el trabajo dependiente por cuenta ajena se encontraría con mayores dificultades (problemas de generación de empleo).

2. LA INCAPACITACIÓN COMO ALTERNATIVA

El anciano o, como no nos cansaremos de repetir, el todavía no anciano en previsión de esa etapa vital, tendrá distintas bazas a considerar en su ordenación patrimonial-social: la vía contractual, la vía asistencial pública o privada y el entorno familiar. Incluso, podrá tomar previsiones para aquellos casos en que sea incapacitado judicialmente o se encuentre en un estado terminal. Partimos del anciano como capaz, esto es, alguien que por sí o a través de representante voluntariamente designado puede actuar eficazmente en el mundo jurídico. Es preciso, en cualquier caso, una institución que garantice la seguridad jurídica. Esa persona en su evolución vital, y no necesariamente en el momento de su vejez, se plantea el posible desarrollo ulterior de su experiencia evolutiva; es inevitable dejar de plantear que la publicidad o incluso los propios organismos estatales nos abocan a partir de los cuarenta años a suscribir un plan de pensiones o a pensar que con la hipoteca que asumimos hoy, en el futuro tendremos una vivienda de nuestra propiedad libre de cargas que podrá ser otrora un bien enajenable por cualquier entidad público-privada que asuma los cuidados del anciano, generándose así una seguridad para el afectado.

El entorno económico, inevitablemente, marca unas pautas de comportamiento social, pero en el ámbito afectivo no existe una posibilidad de previsión a largo plazo, con alguna salvedad que más adelante veremos¹³. El transcurso del tiempo por esa vía (cancelación de deudas hipotecarias, mayor seguridad económica), parece favorable. Es de considerar que la persona en el tránsito de su vida, vaya consiguiendo una posición patrimonial y de renta mayor (diríamos que acumulativa). Gran parte del período vital (la evolución del individuo) tiene un elevado componente económico, eso hace que la incapacitación tenga grandes consecuencias, sin duda, en el terreno económico del afectado. Estamos ante sujetos de un considerable nivel de bienes (inmuebles, en gran parte de los casos) y de una situación que pone éstos en manos de un tercero capaz.

¹³ Nos referimos al contrato de vitalicio que incluye especificaciones en el ámbito de la afectividad.

3. NECESIDAD DE RESOLUCIÓN JUDICIAL INCAPACITANTE

El anciano capaz es aquel no incapacitado judicialmente y que no padezca enfermedad o deficiencia persistente que le incapacite para su autogobierno; obviamente, puede padecer alguna enfermedad o deficiencia incluso parcialmente incapacitante, siempre que pueda «gobernarse» por sí mismo. Será el juez, el que a la vista del informe del facultativo y oídas las partes, señale la existencia o no de estas circunstancias. Si hay voluntad de mostrar los informes incapacitantes la opción a tomar suele seguir un camino más fácil. No obstante, en la realidad no se detectan siempre estas situaciones de falta de gobierno, ya sea por que el entorno del anciano decide no reconocer estas dificultades, no percatarse de ellas o a la vista de las mismas, internarlo en una institución de tipo residencial sin trámite legal alguno. En estos casos, pueden existir intereses patrimoniales en el entorno del anciano que precipiten la transmisión de los bienes, sorteando tanto un posible control judicial como las limitaciones de orden sucesorio establecidas por la ley¹⁴.

Es importante que esa determinación de incapacidad sea dictada por un juez. El que se den circunstancias invalidantes en el anciano no basta para incapacitarlo efectivamente, debe existir una resolución judicial expresa. La incapacitación puede ser así concebida como un sistema de protección del anciano, incluso, podríamos decir, un sistema eficaz de amparo. Debemos contraponer aquí la incapacitación de derecho (con sus debidas garantías legales) a la mera incapacidad, que fácilmente se torna, dadas las precarias condiciones del sujeto, en manipulación del anciano por su entorno.

Muchas veces se detectan estas situaciones de incapacitación tácita (que denominamos, situaciones invalidantes), al realizar negocios dispositivos de bienes por vía notarial, ya que el cobro de pensiones sólo detecta la presencia del pensionista, pero no las condiciones en que se encuentra. En estos casos, el notario puede constatar la invalidez del sujeto pero ha de ser el juez el que dicte la incapacitación del afectado. La incapacitación es un acto jurídico que tiene importantes consecuencias negativas. A la familia le duele incapacitar a un familiar cercano (padre, abuelo), crea en el sujeto una impresión de desprotección y de invalidez, de profundas implicaciones psicológicas ligadas a la inutilidad.

La declaración de incapacidad por un juez, profesional del derecho, y las debidas garantías jurídico-procesales, hacen que ese acto no sea arbitrario. El anciano deberá prever las consecuencias de su acto y las características de la persona en que va a delegar la capacidad para negociar con sus bienes. Aquí la figura del tercero capaz se torna vital. De las actuaciones de éste, dependerá el devenir de los bienes del anciano, pues ésa es la consecuencia que tiene la incapacitación, siquiera como medida de protección.

¹⁴ Las legítimas que, art. 806 CC, necesariamente se han de reservar a favor de ciertos herederos señalados por la Ley. Ténganse en cuenta los arts. 822 y 831 CC tras la reforma de la ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

4. TRANSMISIONES PATRIMONIALES EN DOCUMENTO PRIVADO

Es usual celebrar la venta de bienes en documento privado, plenamente válida en el derecho español, liquidada ante la administración correspondiente para su certeza en la fecha y que puede ser seguida o simultaneada con el internamiento.

En otros casos, a falta de familia o careciendo de contacto con ella, son los vecinos, generalmente en el ámbito rural, los que realizan una mera supervisión de las posibles necesidades de un individuo vecino. En la práctica pueden asumir una función sustitutiva de la familia en el ámbito asistencial pero, de no estar claramente determinada, puede dar lugar a disfunciones, por ejemplo, convertirse automáticamente en un contrato de trabajo si se entregan cantidades por el anciano a cambio de la prestación de servicios. Posiblemente, de realizarse de manera altruista, el anciano tienda a realizar disposición de bienes a favor de sus cuidadores, en cuyo caso tendrá presente los límites establecidos para las donaciones¹⁵ o para las legítimas¹⁶, lo que junto con los impuestos que pudiese haber lugar a pagar, le podría convencer para simular compraventas ficticias que de no realizarse bajo condición, podrían desprotegerle. Incluso podría llegar a entregar dinero en metálico con la pretensión de que fuera opaco fiscalmente. Sólo cuando hay conocimiento directo, por solicitud del propio interesado o de sus familiares, o indirecto, cuando por particulares o asociaciones se da noticia de dicha situación, pueden acudir los servicios sociales locales o autonómicos, cuya ayuda en muchos casos no es suficiente, dado el volumen de contingencias que tienen que atender y la limitación de sus medios y personal. En este caso dichos servicios, con la toma de conocimiento de la situación, determinarán la vía o cauce a seguir. Así un anciano sin familia ni contacto profundo con sus vecinos o con personas que lo atiendan o que reciba atenciones médicas esporádicas y cuya situación no fuese conocida por los servicios sociales, podría fácilmente encontrarse desprotegido o desatenderse¹⁷ y sólo casualmente ser conocida su situación, al no existir un medio estable destinado a determinar la existencia de estas contingencias.

Es habitual encontrar en los medios de comunicación noticias relativas a ancianos que, por vivir en soledad, son encontrados muertos sólo cuando el hedor del cadáver revela dicho suceso¹⁸. Por supuesto, un anciano como cualquier otro humano puede encontrarse en un estado terminal. A estos efectos existe la posibilidad, en el ámbito de nuestra comunidad autónoma, de que haya adoptado previsiones respecto de unos posibles cuidados que palien, reduzcan o aumenten sus posibilidades de permanencia en dicho estado, siempre teniendo presente la an-

¹⁵ Vid. arts 634 y ss. CC. Téngase en cuenta el contrato de alimentos en el ámbito estatal arts. 1791 y ss. CC.

¹⁶ Vid. arts 813 y 819 CC.

¹⁷ Son habituales la dieta inadecuada, la falta de higiene o de cuidados en enfermedades crónicas entre otros.

¹⁸ Se pretende hoy en día por la Federación de jubilados de UGT que se adopten medidas al respecto, por ejemplo, censando y controlando diariamente a estos ancianos.

ti-judicialidad de la eutanasia en nuestro entorno jurídico, si bien tenemos ejemplos de lo contrario, como sucede en el caso holandés donde está regulada en algunos supuestos. La eutanasia pondría fin a muchos de los casos de incapacitación de personas en estado terminal, ya que, en uso de sus facultades, podrían valerse de ésta dejándonos problemas de herencia. Entraríamos así, en la temática testamentaria o donacionaria, ya no con muy buen pie; podrían establecer una alternativa a la eutanasia, que además no está legalizada en la mayoría de los sistemas jurídicos, caso del español por ejemplo.

Así, como única alternativa, exponemos a estos efectos, además del depósito del documento —testamento vital— correspondiente, que es conveniente enterar a familia y amigos del propósito, toda vez que probablemente los médicos requieran una consulta no sólo con el propio paciente sino también con alguien de su entorno. En ellas, el médico certificará la capacidad de obrar del sujeto, para hacer valer así su decisión. Igualmente sucederá en el caso de una intervención quirúrgica, en la que deviene una circunstancia de urgencia, que apremia a la toma de decisiones por alguien ajeno al propio paciente que se encuentra sedado o anestesiado y es, por tanto, un sujeto ausente de voluntad. En todo caso el criterio del facultativo será determinante para regular la amplitud y el entorno en que ha de facilitarse información, a los fines de obtener del paciente el consentimiento informado preciso para realizar tratamiento médico de una u otra clase o inclusive de obviar esta toma de decisión, tanto en el supuesto de terminalidad como en otro distinto. Así, cuando el paciente pide que no se le informe acerca del diagnóstico o pronóstico de su enfermedad o cuando el facultativo considera no capacitado al paciente por razones de enfermedad, edad, cultura, etc. Esta decisión facultativa es relevante y complicada de tomar.

Podemos encontrar, además, otro supuesto que genera abundante casuística como es el del anciano física o psíquicamente muy limitado o deteriorado y con serias deficiencias pero que no ha sido incapacitado judicialmente por distintas razones. En los familiares se produce un sentimiento de culpa por solicitar judicialmente la incapacitación del progenitor o bien se pretende ocultar socialmente una situación de deterioro. En la práctica esto conlleva una vigilancia exhaustiva interna por el entorno del mayor, en caso de que el anciano tenga facultades deambulatorias, junto con una negociación con los terceros que contrataron con el anciano para intentar voluntariamente consensuar el que el negocio quede sin efecto. En el caso de ancianos que no pueden salir de su domicilio, se evitan ya posibles negocios con terceros pero sus cuidados dependen en exclusiva de quienes convivan con ellos de forma que alimentación, medicación, destino de la pensión, higiene, etc., quedarán al arbitrio del cuidador. En estos casos, se dificulta la transmisión de bienes patrimoniales, pues se necesita aprobación de este anciano (cosa que no siempre es posible ni sencilla).

Otra posibilidad, en este grupo, es la de que el anciano sea internado en alguna residencia de ancianos, sin declaración de incapacitación y con tratamiento médico, acordándose con el centro ciertas restricciones, generalmente en lo relativo a visitas de terceros o a salidas del recinto del propio establecimiento, que, en algunos

casos, permanece cerrado al público fuera de las horas de visita o con un estricto control de entradas y salidas. En el peor de los casos, de no haber cuidador, encontraremos situaciones de conflicto del anciano con terceros o de desvalimiento que, en algún momento, generalmente al ser conocidas por los servicios sociales o al intervenir las fuerzas del orden público, darán lugar a un internamiento más o menos prolongado en alguna institución o, en otros casos, a una mera restitución del anciano a su domicilio dejándolo en mayor o menor medida a su arbitrio y sin que se realice un seguimiento posterior al no incoarse una declaración de incapacitación. En estos casos es general la buena fe de la familia y la no disposición de bienes. Frente a estas posibilidades, encontraríamos al anciano que, tras la correspondiente declaración de incapacitación y la adopción de medidas se encuentra bajo una tutela o curatela de parientes o extraños y, en su caso, internado en una institución. En estos casos, el seguimiento se realizará como mínimo en los períodos de tiempo señalados por la ley pudiendo solicitarse en cualquier momento información sobre su salud, evolución, situación económica y aplicación de cantidades, etc. Las previsiones son bastante amplias para que se produzca un uso torcido de la ley y que esta se aplique a supuestos distintos de aquellos para los que fue creada.

5. EL ENTORNO GEO-ESTATAL DEL ANCIANO

Según la casuística, debemos realizar una importante matización atendiendo al entorno en el que nos encontremos, no sólo humano sino también geográfico. Existen variaciones tanto en función de las etnias y culturas¹⁹ que actualmente coexisten en el Estado español (que es un Estado plural) y que, afortunada y previsiblemente, se ampliarán en el futuro, como también por la existencia de ciudadanos españoles en el extranjero²⁰; generando de este modo problemáticas todavía más específicas. Coexisten las diferencias tradicionales aunque ciertamente matizadas, dependiendo del entorno rural o urbano en que se sitúe al anciano.

El Estado español²¹ a raíz de las previsiones constitucionales, se configura como un estado social y del bienestar, con las cargas que ello conlleva fundamentalmente en lo que este tema atañe en materia de servicios sociales y prestaciones asistenciales. También realiza una serie de previsiones como, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna o la universalización de la Seguridad Social. Es obvio

¹⁹ El Anuario Estadístico de Extranjería 2002 señal que uno de cada diez nacidos en España en 2002 es de madre extranjera y que la cuarta parte de los bebés es hijo de una marroquí, el colectivo más numeroso seguido del ecuatoriano. De un total de 1.448.671 extranjeros, por países, los marroquíes forman el grupo más amplio con 282.432, a continuación los ecuatorianos —115.301—, los británicos —90.091—, los colombianos —71.238— y los alemanes —65.823.

²⁰ La quinta provincia de Galicia y los españoles de edad allí radicados afectados actualmente por una peculiar situación económica y una masiva emigración de sus allegados o con problemas de retorno a España.

²¹ El artículo 1.1 de la constitución de 1978 señala que «España se constituye en un estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores en su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

que en aquel momento de gestación de nuestro Texto Básico poco hacía pensar en una Unión Europea de la envergadura y peso de la actual o en unas corrientes migratorias hacia territorio español, tanto legales como ilegales, del volumen de las presentes. Su presencia en la Constitución Europea es un hecho que habrá de analizarse con detenimiento. Se han ido introduciendo cambios en el ámbito de las distintas prestaciones (ámbito contributivo o asistencial), ya que junto con la existencia de pensiones no contributivas o asistenciales, están ampliándose los periodos necesarios de cotización al fin de obtener pensión contributiva del sistema público, tanto en nuestro país como en los vecinos de nuestro entorno.

Los periodos de carencia necesarios para acceder al derecho a prestaciones contributivas se incrementan continuamente. Incluso algunas voces se alzan advirtiéndonos de pérdidas en logros sociales²², o de modificaciones sustanciales a medio plazo en la estructura social²³, que generarían un enfoque todavía más plural al que el derecho debiera responder. El Estado, hoy por hoy, prosigue realizando una atención a la medida de su presupuesto y de su personal e incluso se adoptan soluciones imaginativas. Los servicios sociales prestados por las administraciones públicas en el ámbito de la atención domiciliaria pretenden paulatinamente ir ocupando un mayor espacio frente a la opción, antes más usual, del internamiento en residencias para válidos o asistidos que, en bastantes casos, se encontraban lejanas al lugar del domicilio habitual anterior del anciano.

Así, nos encontramos con los centros de día, gestionados por las entidades locales en colaboración con la institución autonómica, centros que radican cerca del domicilio y permite al anciano seguir teniendo un contacto con el núcleo familiar, paliando al mismo tiempo los obstáculos familiares al cuidado de los pacientes. La presencia de la familia continúa, así, siendo fundamental. Se pretende con ello que el anciano continúe socializado en un entorno que le resulta familiar y paliar las carencias en cuanto a plazas libres que el aumento de la población anciana indudablemente produce. Incluso encontramos interesantes políticas como las de las viviendas comunitarias, en las que grupos reducidos de personas conviven en una vivienda tutelada por una Administración en la que se les prestan servicios semejantes a los de una residencia pero integrados en un entorno más habitual. El anciano, por un importe similar al de un alquiler, percibe servicios de control, no sanitarios (para estos servicios acudiría a un centro médico habitual o residencia).

En el espacio rural, resulta de interés también la política de empleo dirigida a formar a mujeres desempleadas para que desarrollen retribuidamente labores de cuidado de ancianos en ese ámbito. En todo caso, está claro que por diversas razones se está produciendo un giro en la política, que ha pasado de optar por el internamiento a ultranza, a pretender que el anciano permanezca en la medida de lo posible en su vivienda y en su ámbito de relaciones. Las viviendas tuteladas, los centros de día, etc., son sistemas que posibilitan al anciano un cúmulo de ofertas diversas que se centran mayoritariamente en continuar en su entorno habitual

²² El final tantas veces anunciado del estado del bienestar.

²³ Hoy ya han aumentado las familias monoparentales, familias homosexuales, uniones de hecho, etc.

o generar un entorno satisfactorio más normalizado, permitiéndole continuar una forma de vida lo más parecida posible a su manera habitual de vivir.

6. HERRAMIENTAS DEL DERECHO

En el ámbito del Derecho privado estatal, continuamos encontrando las figuras de la tutela y de la curatela, formas ya tradicionales junto con la más novedosa del contrato de alimentos de los arts. 1791 y ss del Código Civil, tras la reforma de 2003 tomando como referencia el modelo gallego. Recordemos que ambas, tutela y curatela, pueden adaptarse a la perfección a cada uno de los casos que se presenten ante el Juez, y que ambas, en función de las circunstancias y con un seguimiento correcto, pueden ser modificadas en función del desarrollo de los hechos. En virtud de una nueva resolución judicial se podrá ampliar, restringir o incluso, si se estimase conveniente, dejar sin efecto las medidas protectoras que en los ámbitos personal y/o patrimonial se hubiesen podido adoptar, ya sea por la vía del establecimiento de una tutela o de una curatela. Son medidas con un extremado componente negativo, cara al ciudadano. En algunos casos pueden ser precisas pero su utilización perversa les ha generado «mala fama».

En todo caso, la intervención del Juez y del Ministerio Fiscal constituye una garantía de defensa de los derechos del anciano. Igualmente sucedería con el internamiento de presuntos incapaces. La previsión debe ser completada con la posible designación, por el propio interesado, del órgano tutelar que en un futuro pueda corresponderle; así, la autotutela o inclusive una todavía no legislada a día de hoy, autocuratela.

No podemos obviar la importancia de la figura que detente esas responsabilidades a ejercer sobre el patrimonio y la vida del anciano. En el ámbito privado estatal, destacamos claramente los ordenamientos autonómicos y los distintos derechos especiales, que han ido adecuándose a las diferentes realidades. Los derechos autonómicos recogen diversas disposiciones donde se regulan estas posibles situaciones. Distintas leyes autonómicas plantean un genérico marco regulador de la tercera edad. No existe una regulación igual en todo el territorio nacional. Las regulaciones de los distintos derechos autonómicos introducen variantes y modulan en todo caso los efectos y situaciones que se presentan. Merecería un estudio más pormenorizado distintas posibilidades como el contrato de servicios de Cataluña, aunque por centrarnos en el ámbito gallego, encontramos la figura tan aplaudida del contrato de vitalicio, por el que se regula de una manera que garantiza tanto para él, o para los sujetos acreedores de los cuidados pactados, como para los cuidadores, en cuanto a las atribuciones patrimoniales a percibir y que sirvió como antecedente al contrato de alimentos del Código Civil.

La ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia diseña un marco jurídico de transmisión patrimonial a cambio de cuidados pactados, incluso afectivos, que por ser de tracto sucesivo gozan de un mecanismo por el cual el transmitente puede dejarlos sin efecto, retornando dichos bienes a su titularidad y realizando la co-

respondiente liquidación. Aquí el anciano puede transmitir sus bienes a cambio de cuidados y el retorno en la titularidad de los bienes tendría lugar si el solicitante no se encuentra satisfecho con el servicio percibido.

Además de esta figura novedosa, en nuestro ámbito jurídico autonómico, no podemos dejar de subrayar el papel de la tradicional compañía familiar gallega en un entorno no sólo de explotación económica de unas propiedades, sino también de «compartir mesa y mantel», de cuidado y convivencia de los miembros que la componen; entendiéndose en este supuesto el vocablo familia, en un sentido muy amplio o incluso corriendo con los gastos de entierro y funeral de sus miembros. La familia rural cabe entenderla como una familia muy extensa diametralmente diferente de la compuesta por marido mujer y pocos hijos o la monoparental, tendencia seguida en el entorno urbano hoy. La compañía supone compartir un negocio común (titularidad del anciano) y cuidar al anciano. Así, el anciano percibe unos servicios a cambio de una titularidad de un negocio compartido por ambas partes, aunque de titularidad propia. También el apartamiento, podría ser utilizado como un mecanismo de protección por el anciano. Una parte de la herencia del anciano queda «apartada» en beneficio del cuidador.

7. PREVENIR LAS SITUACIONES

Es preciso ejercer una férrea prevención ante la complejidad legal de la situación generada por una muy variada casuística individual y las posibilidades de que se pervierta el diseño realizado por nosotros. El anciano, mejor el todavía no anciano, es el que en el momento presente debe ir diseñando su futuro para, al ir construyéndolo, prever, en la medida de lo posible, las consecuencias que una mayor longevidad tendrá, tanto genéricamente en nuestra sociedad como específicamente en su forma de vida presente y futura. Para ello, deberá conocer y seleccionar aquella situación que mejor se circunscriba a su realidad personal. En lo concerniente a su ámbito personal y patrimonial puede ser diseñado un proyecto de vida, que necesite de un proyecto especial, que evite o palie los factores de riesgo de los mayores (y suyo en particular) del presente y futuro y, para ello lo estamos diseñando, el de los mayores de hoy; que aumentan sus expectativas vitales y que permite también en la vejez, el libre desarrollo de la personalidad.

La situación del «anciano» es un período vital por el que todo individuo debe transitar, por lo cual deberemos prever las diversas circunstancias que ocurrirán en esa situación. Tendremos que tener en cuenta nuestra realidad patrimonial y el uso y disfrute que queremos otorgarle a la misma ya sea nuestro como de los que nos sobrevivan. Seleccionaremos la alternativa que resulte más satisfactoria para nosotros y nuestros allegados, que será diferente en cada persona, en función de las variables que le rodeen y de la voluntad de la persona.

La casuística individual es aquí muy elevada y nos listamos a exponer una vía que seguida concienzudamente produciría unos resultados óptimos, en todo caso el anciano, o mejor aún, el todavía no anciano, debe prever.